

O Princípio da Ampla Defesa e o Procedimento de Apuração das Infrações Contra a Ordem Econômica

Gilson Wessler Michels

Introdução

I - A Processualização da Atividade Administrativa

II - A Ampla Defesa

III - A Estrutura do Procedimento de Apuração das Infrações Contra a Ordem Econômica

IV - O Princípio da Ampla Defesa e o Rito do Procedimento de Apuração das Infrações Contra a Ordem Econômica

4.1. Existência de um Rito Previsto em Lei

4.2. Previsão de Comunicação dos Atos Processuais

4.3. Instauração do Contraditório

4.4. Ilimitação na Apresentação de Provas

4.5. Julgamento por Julgador Imparcial e

Motivação da Decisão

4.6. Recorribilidade das Decisões

V - Conclusão

VI - Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

Destina-se este trabalho a abordar o procedimento legalmente previsto para o julgamento das infrações contra a ordem econômica, sob a ótica de sua atenção a um dos princípios que, a partir da Constituição Federal de 1988, passaram a informar obrigatoriamente também os processos administrativos: o princípio da ampla defesa.

Para tal, parte-se, no item 1, de uma análise das transformações porque têm passado os procedimentos administrativos – especialmente após a nova Carta Magna –, e que os tem levado a uma progressiva processualização de seus ritos e a uma conseqüente reafirmação da importância do princípio da ampla defesa na concepção de seus limites.

Já no item 2, busca-se na doutrina um conceito de ampla defesa que sirva ao propósito de aferir, tão objetivamente quanto possível, o seu acolhimento ou não pelo procedimento legalmente concebido para o

processamento das infrações contra a ordem econômica. É que na falta de um conceito legalmente qualificado, que lhe defina características mínimas, só se pode buscar na construção doutrinária - que está, diga-se, longe de ter uma posição unânime quanto ao princípio -, os seus elementos conformadores básicos.

No item 3 faz-se uma revisão geral do procedimento administrativo, na forma como disposto na Lei n.º 8.884/94 e no Regimento Interno do CADE aprovado pela Resolução n.º 12/98. Nesta revisão está incluída a fase de averiguações preliminares que, muito embora preceda o processo administrativo propriamente dito, a ele se vincula por razões de fácil compreensão.

Definido o conteúdo mínimo do princípio da ampla defesa e revisado na íntegra o seqüenciamento de atos que compõem o processo administrativo, procede-se no item 4 à aferição que dá razão ao presente trabalho. Com efeito, cada uma das fases e das características do rito são analisadas em confrontação com os requisitos mínimos definidos pela doutrina para a efetividade do princípio.

Ao final, no item 5, tem-se como conclusão um resumo de tudo quanto se aferiu na análise desenvolvida ao longo do trabalho.

I - A PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, poucas dúvidas remanescem quanto ao fato de que o processo administrativo teve suas feições sensivelmente modificadas. Com efeito, ao dispor, no inciso LV do artigo 5.º da nova Carta Magna, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", quis o constituinte, à evidência do que se pode inferir, estender aos atos emanados da Administração Pública, condicionantes que desde há muito já informam as manifestações do Poder Judiciário.

Ao dispositivo citado poderiam ser juntados outros preceitos constitucionais, como tal o

insculpido no inciso LIV do artigo 5.º - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" – e na alínea "a" do inciso XXXIV do mesmo artigo - que trata do direito do cidadão de peticionar junto aos Poderes Públicos "em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder" -, para fins de que reste ainda mais evidenciada a transformação porque passou o processo administrativo.

Dentro deste quadro, impõe-se repensar a clássica formulação da doutrina pátria, que define como característica basilar da atividade administrativa a auto-executoriedade de seus atos, para fins de reconhecer que a nova Carta Magna engendra uma verdadeira processualização desta atuação, tornando superada a idéia, vigente por décadas, de que há uma contraposição irreduzível entre interesse público e interesse particular.

Nestes termos, espelha a Lei Maior a tendência deste final de século de atenuar a separação entre Estado e sociedade – como conformada no século passado e vigente até meados do presente -, para dar lugar, nas palavras de Odete Medauar⁽¹⁾, a uma "progressiva aproximação entre Administração e cidadãos da sociedade civil, em que inúmeros grupos sociais colaboram na identificação do interesse público". Inverte-se a lógica, para fins de definir que os atos administrativos não são irrestritamente voltados à satisfação do interesse da própria Administração, ou mesmo do interesse público unilateralmente por esta formulado.

Uma das consequências mais veementes desta inovação constitucional foi a intensificação da produção legislativa voltada à criação de novas vias processuais administrativas, e à reformatação das já existentes. Muito embora seja verdade que nem todas estas superveniências legais tenham representado avanços, é inegável que delas resultou uma ampliação das possibilidades de participação do cidadão nos atos administrativos que abordem seus interesses em face do interesse de outro cidadão, ou de seu interesse diante do da própria Administração. No âmbito do processo administrativo, como gênero, existem hoje inúmeros procedimentos, de variada espécie, que distribuídos ao longo de toda a cadeia burocrática estatal, determinam a atuação concreta do Estado administrador, sem prescindir da participação dos interessados

nesta atuação.

De tal sorte, o cidadão tem hoje não apenas a garantia de acesso ao Poder Judiciário, nos casos em que um ato administrativo já formalizado afronte um direito seu, como também tem a possibilidade de, previamente à formalização deste ato, manifestar-se, concreta e producentemente, quanto ao seu conteúdo junto à Administração. Tal quadro representa uma importante medida de economia processual – pela possibilidade de que os atos permeados de vícios ou arbitrariedades sejam saneados ou extirpados antes de que se constituam formalmente, e não apenas depois, no âmbito do Poder Judiciário –, mas, mais do que isto, constitui-se em medida de resguardo das garantias individuais – dado que, assim, preserva-se o direito do cidadão de não ver formulada contra si, pretensão em relação a qual não pôde opor suas razões, no âmbito do "devido processo legal".

A ampliação da participação do cidadão no curso da atividade administrativa tem tido, no entanto, alguns ônus. O principal deles, corolário da processualização, é o aumento de complexidade dos procedimentos. Com o acréscimo de novos intervenientes e com a necessidade de definição de suas responsabilidades, os ritos sofisticaram-se, tornando imprescindível, em muitos casos, a defesa técnica, e inevitável, no mais das vezes, a superação dos limites de alguns dos princípios historicamente atribuídos pela doutrina ao procedimento administrativo, entre tais o do informalismo.

Esta é, aliás, outra revisão que acabará por ser feita. Com as novas disposições constitucionais, não há mais como entender aplicáveis ao processo administrativo, todos os princípios que a doutrina lhe atribuiu há já algum tempo, no âmbito de uma realidade que já não existe.

Para limitar a discussão aqui ao referido princípio do informalismo, basta dizer que com a ênfase da peremptoriedade dos prazos e o efeito preclusivo dos atos praticados, com a intensificação do conteúdo formal e material das decisões e com a ampliação da complexidade dos procedimentos, não há como falar-se mais em informalismo(2), ou mesmo, como defendem alguns doutrinadores, em formalismo moderado(3). Na prática, o formalismo acaba

se impondo em face de que a crescente sofisticação de grande parte dos ritos e de seus efeitos práticos torna imprescindível, entre outras medidas, a defesa técnica e a minudente disposição das responsabilidades das partes e dos prazos a serem cumpridos.

Pode-se exemplificar, primeiro, com a evolução experimentada pelo procedimento relativo à exigência de créditos tributários federais – o chamado processo administrativo fiscal. No período que se seguiu à promulgação da Constituição de 1988, inúmeros atos legais, que culminaram com a Lei n.º 9.532/97, trouxeram para o âmbito do procedimento a garantia de instância, desde há muito expurgada até mesmo das vias judiciais, bem como o enrijecimento do rito, com a reafirmação da força preclusiva dos atos já realizados e com as restrições à apresentação de provas fora dos momentos determinados.

Antes disso, porém, já haviam sido criadas, em 1993, unidades administrativas especializadas em julgamento, o que, se por um lado representou um avanço, dado que além de se ter criado um "duplo grau de jurisdição administrativa" – Delegacias de Julgamento e Conselhos de Contribuintes -, deixaram os lançamentos fiscais de ser julgados pelas mesmas unidades que os formalizavam, por outro trouxe complexidade ao procedimento, sendo hoje difícil imaginar que ao rito posto possam ser associadas "informalidades" – que seriam prontamente argüidas como causas de nulidade – ou que ele possa ser enfrentado pelo cidadão comum sem o assessoramento de um especialista no assunto.

De se lembrar, ainda, que a lei acima citada – a de n.º 9.532/97 – trouxe também a hipótese, constitucionalmente discutível, de se ter um ato administrativo com efeito de coisa julgada. É o que ocorre quando o contribuinte não faz uso da ação judicial no prazo de seis meses da decisão da primeira instância administrativa que lhe foi desfavorável; neste caso, esta manifestação administrativa restará irreformável pelo Poder Judiciário, restando ao contribuinte esperar o provimento de seu recurso pela segunda instância administrativa, que se não ocorrer, não poderá, a sua vez, ser objeto de revisão judicial.

Outro exemplo tem-se com a procedimento

que será analisado ao longo deste trabalho, o relativo à apuração de infrações contra a ordem econômica. O artigo 3.º da Lei n.º 8.884/94 atribuiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, organismo responsável pelo julgamento administrativo destas infrações contra a ordem econômica, o status de órgão judicante. Muito embora não exista, ainda, um entendimento pacífico quanto à extensão exata desta atribuição, representa ela, ao menos, um claro enrobustecimento da força da manifestação prolatada pelo ente administrativo, em evidente detrimento da atuação pretoriana e, como se pode inferir, do conteúdo da Lei Máxima.

Tais exemplos são suficientes para que reste evidenciado, então, que os procedimentos administrativos deixaram de ser meros impulsionadores da atividade regular do Estado, para, a partir da processualização de seu conteúdo, incorporarem ritos que se assemelham em muito à atuação do Poder Judiciário, pelas repercussões que podem ter sobre a esfera dos interesses de cidadãos e instituições.

Diante deste quadro, portanto, torna-se imperioso não apenas revisar as formulações doutrinárias relativas aos procedimentos administrativos – produzidas que foram, como acima rapidamente se viu, anteriormente à Constituição Federal de 1988 -, como também enfatizar a necessidade de que ao cidadão seja efetivamente garantido o exercício, constitucionalmente qualificado, do seu direito de ampla defesa.

É a respeito deste princípio da ampla defesa, e da verificação de sua presença ou não em um dos procedimentos que acima já se fez referência, o relativo ao julgamento das infrações contra a ordem econômica, que se desenvolverá, a partir daqui, este trabalho.

II - A AMPLA DEFESA

Não há, na lei, um conceito objetivo do que seja a ampla defesa, nem mesmo há uma definição de seu conteúdo mínimo. Partindo-se, portanto, do comando constitucional que assegura o direito da ampla defesa, "com os meios e recursos a ela inerentes" (inciso LV do artigo 5.º), cumpre que se busque, na

doutrina, a extensão de seus limites.

Para Alberto Xavier⁽⁴⁾, o direito de ampla defesa é manifestação do devido processo legal, sendo seu significado prático o de que o poder jurídico-público se faça nos termos de um processo justo e disciplinado em lei, no qual seja dado ao particular afetado, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, além do direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas, confrontando as posições que lhes são opostas. Assim se manifesta o jurista:

O direito de ampla defesa reveste, hoje, a natureza de um direito de audiência (audi alteram partem), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir consequências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.

[...]

O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico de "parte" no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios.

Celso Ribeiro Bastos⁽⁵⁾, ao analisar o princípio da ampla defesa no âmbito do processo administrativo e judicial, declara que "de outra forma, nada obstante o fato de o procedimento administrativo disciplinar não ser guiado nos seus atos da mesma forma que o é o processo penal, algumas fases, contudo, são inafastáveis. Por exemplo, a ciência inicial da imputação ao acusado, a sua audiência e a produção de provas e contraprovas, dentre outras".

Já Nelson Nery Costa⁽⁶⁾ enfatiza que o direito

de plena defesa não fica evidenciado pelo que ocorre durante o processo ou no processo, mas de um rito previamente estabelecido no qual as sanções legais e as condições para que a defesa seja ampla e justa estejam também antecipadamente definidas. O jurista afirma, ainda, a indissociabilidade entre o princípio da ampla defesa e o do contraditório, defendendo a inocuidade da defesa que não puder contraditar a acusação, estabelecendo o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz; não basta "o simples oferecimento de oportunidade para produção de provas, mas também a quantidade e a qualidade de defesa devem ser satisfatórias".

Odete Medauar⁽⁷⁾ também enfatiza a vinculação entre ampla defesa e contraditório, para fins de declarar que não pode haver limitações à produção da defesa tendente a contradição das questões levantadas pela acusação. Assim, "a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza", estando esta visão sustentada pela própria expressão final do inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 – "com os meios e recursos a ela inerentes" -, que não se coaduna com qualquer interpretação restritiva do direito de defesa.

Dissecando o princípio da ampla defesa, a mesma jurista destaca algumas de suas características fundamentais⁽⁸⁾, sem as quais o direito perde o sentido que lhe atribui o texto constitucional:

(a) caráter prévio da defesa ou sua anterioridade em relação ao ato decisório: defende a idéia de que a partir da nova Carta Magna, deve o direito de defesa ser permitido antes da efetivação do ato administrativo, apenas admitindo exceção nos casos que envolvem risco de vida e segurança da população, nos quais a gravidade da situação torna indispensável uma decisão imediata;

(b) desnecessidade de previsão do direito de defesa em lei ou demais normas: entende que o direito de defender-se deriva da Constituição, que na alínea "a" do inciso XXXIV do artigo 5.º prevê o direito de petição, e no inciso LV consagra a ampla defesa como requisito inafastável de qualquer judicial ou administrativo. Assim, uma

autoridade não se desobriga de permitir a defesa do cidadão, alegando a falta de previsão legal;

(c) possibilidade de opção pela autodefesa ou pela defesa técnica: não pode haver exigência de defesa técnica em todos os procedimentos administrativos, até porque isso obrigaria a instituição de defensoria dativa pelo poder público. Entende a jurista, no entanto, que a exigência poderia existir em casos específicos, especialmente nos casos em que os processos atingissem com gravidade os direitos e atividades do cidadão (exemplos: demissão, fechamento de estabelecimento comercial etc.);

(d) obrigatoriedade da informação geral: de todos os fatos e desdobramentos do feito administrativo devem ser cientificados os interessados. "Assim, o direito de ser notificado do início do processo, devendo constar do texto a indicação dos fatos e bases legais; o direito de ser cientificado, com antecedência, das medidas ou atos referentes à produção das provas; o direito de ser cientificado da juntada de documentos; o direito de acesso aos elementos do expediente (vista, cópia ou certidão)";

(e) possibilidade da produção de provas: devem as provas poderem ser solicitadas, produzidas e consideradas, não significando isto, no entanto, que seja permitido o uso abusivo das mesmas (exemplos: ouvida de 100 testemunhas, realização de provas irrelevantes etc.) ou a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Para outro jurista, Marçal Justen Filho, "pouca utilidade teria um procedimento em que não fosse prevista a livre manifestação de todos os interessados, com direito a participação ativa e vedação a atuação unilateral de uma das partes. Enfim, o procedimento não consiste na observância formalística de um ritual. Não se compadece com o Estado Democrático a instituição de procedimento com perfil arbitrário ou prepotente". Para ele, são inerentes à ampla defesa:

(a) a transparência da atividade administrativa: da mesma forma que não pode haver apropriação pura e simples de bens dos particulares, também não pode haver decisões sem prévia audiência do acusado. Não há ampla defesa se o cidadão desconhece a acusação ou a pretensão

estatal, posto que não é possível formular defesa para todas as pretensões possíveis e imagináveis;

(b) a instauração do contraditório: além de saber do que é acusado e em que termos isto é feito, deve ser permitido ao cidadão a apresentação de defesa prévia à decisão, a audiência a todos os eventos e a produção de provas adequadas à defesa;

(c) a imparcialidade do julgador: a disciplina do procedimento deve assegurar a imparcialidade do julgador e consagrar o dever de aplicar o direito objetivamente ao caso concreto, sendo inadmissíveis, por exemplo, os casos em que o agente que julga está hierarquicamente subordinado a quem é parte na relação jurídica estabelecida, ou então, em que o mesmo órgão formaliza a exigência contestada e julga sua procedência;

(d) a ilimitação da defesa: ampla defesa significa ilimitação de defesa, não podendo a lei ou normas administrativas vedar ao cidadão a invocação de determinado argumento ou a utilização de determinado elemento de prova em defesa de seu interesse. Só poderiam ser excluídos os argumentos incompatíveis com o sistema jurídico e os valores fundamentais, além daqueles elementos de prova obtidos ilicitamente;

(e) a motivação completa e minudente da decisão: a motivação das decisões associa-se à obrigatoriedade de consideração, por parte do julgador, de todas as provas apresentadas. Sem a indicação dos fundamentos de direito e de fato que dão respaldo à decisão, tornar-se-ia inócuo o conjunto de garantias concedidas ao cidadão no âmbito do procedimento administrativo.

A partir de todas estas contribuições doutrinárias, já se pode elencar, então, um conjunto de requisitos que, se não presentes, comprometem a efetividade do princípio da ampla defesa. Tal elenco auxiliará a aferição, que posteriormente se fará, quanto à sua presença no âmbito do procedimento administrativo que aqui se discute. São eles:

(a) existência de um rito previsto em lei: sem a definição das etapas que compõem o procedimento, perde ele nitidez e transparência, tornando difícil ao cidadão identificar suas possibilidades de participação

no curso processual, como tais os meios recursais e as vias de contestação dos atos produzidos;

(b) previsão de comunicação dos atos processuais: de todos os atos processuais deve ser cientificado o cidadão, a fim de que possa, eficazmente, exercer seu direito de defesa. Este requisito inclui tanto o direito de saber qual a acusação e/ou exigência que lhe é imputada/formulada - e os fundamentos sobre os quais se embasa -, como também o direito de ser informado de todos os desdobramentos do feito, para que possa em relação a eles manifestar-se. Em outras palavras, tem o cidadão o direito à citação, por meio da qual saberá o que lhe é imputado, e em que termos esta imputação é formalizada, e à intimação dos atos praticados, por meio da qual ser-lhe-á dado conhecimento das provas juntadas ao processo, dos argumentos avocados pela parte contrária, das medidas adotadas pelo julgador, enfim, do curso do processo como um todo;

(c) instauração do contraditório: além de ser comunicado da acusação que lhe é imputada e dos atos que dão curso ao feito, deve o procedimento incluir medidas que permitam ao cidadão contestar o feito previamente à decisão, e que viabilizem a confrontação produtora dos elementos de prova e argumentos apresentados pelas partes componentes da relação jurídica;

(d) ilimitação na apresentação de provas: possibilidade de o cidadão produzir todas as provas que julgar necessárias para sua defesa, podendo fazer uso tanto da autodefesa quanto da defesa técnica. Esta ilimitação só pode encontrar restrições no que se refere às provas ilícitas, vedadas pela Constituição Federal, e aos argumentos incompatíveis com o sistema jurídico e os valores fundamentais. De se ressaltar que na ilimitação das provas está incluída a sua devida consideração pelo julgador, sem o que o direito esvai-se por via indireta;

(e) julgamento por julgador imparcial e motivação da decisão: o procedimento deve ser conduzido e decidido por julgador imparcial, que não esteja, por exemplo, subordinado ao órgão formulador da exigência discutida. Do mesmo modo, suas decisões devem ser necessariamente motivadas, com expressa referência às razões de fato e de

direito que a condicionam;

(f) recorribilidade das decisões: deve haver a previsão de meio recursal destinado à revisão ou reforma da decisão inicial. Apesar de não estar previsto em qualquer disposição legal expressa, presta-se o duplo grau de jurisdição não apenas à depuração do processo decisório – justificável diante da falibilidade humana -, como também à consideração da tendência natural do ser humano de não conformar-se com decisões de única instância. Assim, a previsão, no âmbito administrativo, de um duplo grau de apreciação dos litígios, concorre para a efetividade do direito de defesa.

Da existência ou não destes requisitos em um dado procedimento, é que se pode aferir a sua atenção ao preceito constitucional da ampla defesa. A análise que a partir do próximo item se fará, tentará identificar não apenas a presença dos mesmos no âmbito do procedimento de apuração das infrações contra a ordem econômica, como também o grau em que eles estão explícita ou implicitamente incluídos.

III - A ESTRUTURA DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

O procedimento administrativo de apuração das infrações contra a ordem econômica está regulado pelos artigos 30 a 51 da Lei n.º 8.884, de 1994, e pelo conteúdo do Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução n.º 12, de 31/03/98. Subdivide-se ele em três fases:

(a) Averiguações Preliminares (artigos 30 a 31), sob competência da Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE;

(b) Instauração e Instrução (artigos 32 a 41), também sob competência da SDE;

(c) Julgamento (artigos 42 a 51), conduzido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

De forma geral, pode-se dizer, de início, que as averiguações preliminares estão para o presente procedimento como o inquérito policial está para o processo penal. Com efeito, o que há, nesta fase, é tão-somente uma aferição da presença de elementos

mínimos a evidenciar a prática de infração à ordem econômica e a justificar a abertura do processo administrativo. Neste sentido é, antes de qualquer outra coisa, procedimento administrativo-informativo, destinado a fornecer ao Secretário da SDE, subsídios que lhe permitam decidir pela inauguração ou não do processo administrativo propriamente dito.

Com relação às fases instrutória e de julgamento, nova analogia com o processo penal pode ser feita. Estas duas fases do procedimento administrativo conformam-se, respectivamente, como um juízo de suspeita, quase que de mera admissibilidade da imputação formulada, e um juízo de mérito, de efeito condenatório, da mesma forma como ocorre com o processamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, no âmbito criminal – nesta área, lembre-se, há, previamente ao julgamento na sessão plenária, a fase do sumário de culpa, na qual o juiz verifica, sem entrar no mérito da ação penal, a existência de indícios que justifiquem ou não a pronúncia do réu.

Detalhando-se as etapas que compõem cada uma das fases, pode-se assim sumarizar o rito previsto para a apuração das infrações contra a ordem econômica:

(a) Averiguações Preliminares: nesta fase cabe à SDE efetivar averiguações preliminares, de ofício ou diante de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, nos termos do artigo 30;

(b) Instauração e Instrução do Processo Administrativo:

- instauração do processo administrativo, por despacho fundamento do Secretário da SDE (artigo 32);

- notificação do representado para apresentação de defesa no prazo de 15 dias (caput do artigo 32);

- efetivação das diligências e produção de provas de interesse da SDE, no prazo de 45 dias, contado do data final para apresentação da defesa (artigo 35);

- produção de provas de interesse do representado, no prazo de 45 dias da apresentação da defesa (artigo 37);

- apresentação pelo representado das alegações finais, no prazo de cinco dias, contado da conclusão da instrução processual (artigo 39, primeira parte);

- decisão do Secretário da SDE, em relatório circunstanciado, manifestando-se pelo arquivamento dos autos ou pela remessa ao CADE para julgamento (artigo 39, segunda parte);

- recurso de ofício ao CADE, demandado pelo Secretário da SDE, no caso de decisão pelo arquivamento dos autos (artigo 39, parte final).

(c) Julgamento do Processo Administrativo:

- distribuição do processo ao Conselheiro-Relator, mediante sorteio, por parte do Presidente do CADE (artigo 42, primeira parte);

- o Conselho-Relator abre vistas do processo à Procuradoria, que deverá manifestar-se em vinte dias (artigo 42, segunda parte);

- realização de novas diligências, requisição de novas informações ou produção de novas provas, quando necessário e mediante demanda do Conselheiro-Relator (artigo 43);

- intimação da data do julgamento em plenário, com antecedência mínima de cinco dias (artigo 45, primeira parte);

- distribuição do Relatório do Conselheiro-Relator aos membros do plenário, ao Procurador-Geral e ao representado, ou aos seus advogados, com antecedência mínima de cinco dias do julgamento (artigo 15 da Resolução n.º 12/98 – Regimento Interno do CADE);

- aberta a sessão de julgamento, exposição das questões relevantes de fato constantes de seu Relatório, por parte do Conselheiro-Relator (artigo 16 da Resolução n.º 12/98 – Regimento Interno do CADE);

- manifestação oral do Procurador-Geral e do representado ou seu advogado, por quinze minutos cada um (artigo 45, parte final);

- voto do Conselheiro-Relator (artigo 17 da Resolução n.º 12/98 – Regimento Interno do CADE);

- abertura pelo Presidente de período de discussão, por quinze minutos, mediante solicitação de membro do Plenário ou do Procurador-Geral (artigo 18 da Resolução n.º 12/98 – Regimento Interno do CADE);
 - votos dos demais conselheiros (artigo 17 da Resolução n.º 12/98 – Regimento Interno do CADE);
 - decisão final fundamentada, proclamada pelo Presidente (artigo 46);
 - publicação do acórdão no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias (parágrafo único do artigo 46).
-

IV - O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E O RITO DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Definidos os requisitos para a efetividade do princípio da ampla defesa, como exposto no item 2, e conhecida a estrutura do procedimento de apuração das infrações contra a ordem econômica, como descrita no item 3, cumpre que se proceda, agora, à consecução do objetivo proposto neste trabalho, qual seja o de aferir o grau de atenção deste rito àquele princípio basilar, e constitucionalmente qualificado, do direito processual.

Como se disse, no item 2 houve a identificação de alguns requisitos fundamentais para a existência da ampla defesa em qualquer procedimento judicial ou administrativo – consolidados que foram tais requisitos a partir de contribuições doutrinárias de variada ordem. Relembrando-se, foram tais os elencados:

- (a) existência de um rito previsto em lei;
- (b) previsão de comunicação dos atos processuais;
- (c) instauração do contraditório;
- (d) ilimitação na apresentação de provas;
- (e) julgamento por julgador imparcial e motivação da decisão;

(f) recorribilidade das decisões.

Analisa-se então, nos subitens a seguir, a atenção do procedimento administrativo aqui considerado aos requisitos listados.

4.1. Existência de um Rito Previsto em Lei

Sem que se faça, agora, qualquer juízo de valor quanto ao conteúdo de cada um dos atos que compõem o procedimento administrativo, verdade é que este primeiro requisito imposto pela doutrina está amplamente atendido pela legislação vigente.

Com efeito, a Lei n.º 8.884/94 e a Resolução n.º 12/98 dispõem minudentemente quanto ao rito previsto para o processamento dos feitos, definindo os atos que o compõem, as responsabilidades e prerrogativas das partes, os meios pelos quais os intervenientes são cientificados do curso processual, os efeitos de cada uma das decisões prolatadas ao longo do procedimento, as vias para a manifestação de inconformismo quanto a estas mesmas decisões, enfim, não se pode inferir, por uma análise estritamente formal do rito posto pelas normas legais, que tenha restado qualquer obscuridade procedimental que possa dar margem a dúvidas.

4.2. Previsão de Comunicação dos Atos Processuais

A comunicação dos atos processuais tem sua importância associada à própria validação do procedimento. Com efeito, no âmbito do processo civil, a citação não efetivada, ou realizada sem atenção à forma exigida em lei, nem mesmo chega a instaurar a relação processual (artigo 214 do CPC); por outra, na falta de intimação dos vários atos que compõem a relação constituída, cerceado restará o direito da parte de conhecer do curso processual e, por via de extensão, de exercer seu papel no litígio posto.

São tão importantes estes atos de comunicação, que o artigo 247 do CPC expressamente determina: "as citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais". Dispensável ressaltar aqui, por óbvio, que no processo penal, dada a maior drasticidade de seu objeto, tais determinações são ainda mais drasticadas.

Entende-se a exigência legal, porque seria impensável que se iniciasse uma relação processual sem que a parte demandada tivesse ciência, por meio da citação, do que é acusada e em que tempo poderia encaminhar suas razões de discordância, sua defesa; da mesma forma, não seria plausível que a parte não fosse informada, por meio de intimações, dos atos e termos do processo, a fim de saber o que deveria ou não fazer, e em que prazo.

Percebe-se, assim, a estreita relação entre os atos de comunicação e o direito de defesa. Na falta deles, ou na sua existência sem os cuidados para que sejam efetivos, não poderá a parte contraditar a imputação que lhe é inicialmente feita, não poderá também fazer uso dos meios que a lei lhe faculta para, ao longo do litígio, interpor-se contra os atos que afrontem seus interesses, nem poderá, por fim, lançar mão dos recursos contra a decisão final que contra si é prolatada.

Com esta rápida digressão inicial já se pode perceber com clareza que a importância dos atos de comunicação não se restringe à esfera judicial. Com efeito, com a processualização do procedimento administrativo, só haverá ampla defesa se também nesta esfera puder o representado saber tanto do que é acusado, e em que termos, quanto do conteúdo dos atos processuais que se vão sendo produzidos.

Trazendo a discussão agora para o âmbito estrito do processo de apuração das infrações contra a ordem econômica, percebe-se que, à exceção da fase de averiguações preliminares - onde não uma relação jurídica ainda estabelecida, mas tão-somente uma ação investigativa definida como uma das atribuições do órgão que a conduz -, traz a Lei n.º 8.884/94 previsão de comunicação de todos os atos processuais durante as fases de instrução e de julgamento. De se ver.

Primeiro, em relação à fase de instrução, comanda o artigo 33:

Art. 33. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1.º A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o

caso.

§ 2.º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com Aviso de Recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do Aviso de Recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

Tal notificação do procedimento administrativo corresponde à citação do processo judicial, e, à evidência do conteúdo do dispositivo, contém todos os requisitos previstos para esta no direito processual: (a) comunicação para que o representado apresente defesa em prazo definido; (b) cientificação do representado quanto à imputação que lhe é feita, o que se alcança com o envio da íntegra do despacho do secretário do SDE – que motivadamente decidiu pela instauração do processo – ou da representação que tenha dado origem ao procedimento sem a realização de averiguações preliminares, nos termos do parágrafo 2.º do artigo 30; e (c) previsão de efetivação da notificação por correio ou, sendo ineficaz este meio, por meio de edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação.

Como se vê, de todos os elementos que fundamentaram a instauração do procedimento terá ciência o representado, sendo-lhe informado, ainda, em que prazo deverá interpor defesa.

Quanto aos meios de efetivação da notificação, diferem eles do processo civil, basicamente em razão de não haver a previsão de sua realização por mandado, o que se justifica em face de que não há, na Administração Pública, o oficial de justiça. No mais, as formas adotadas pela Lei n.º 8.884/94 repetem meios também incorporados ao processo judicial.

Além de prever a notificação/citação do representado, a Lei n.º 8.884/94 também traz expressa, no parágrafo 3.º do mesmo artigo

33, a previsão de intimação de todos os demais atos processuais, o que deverá ser feito por meio de publicação no Diário Oficial da União.

Uma vez mais, repete o processo administrativo aquilo que já consta do processo judicial: as intimações são feitas pela simples publicação no Diário Oficial (artigos 235 e 236 do CPC).

Por fim, tem-se na parte da lei que trata da fase de julgamento, especificamente no artigo 45, a previsão expressa da intimação do representado e do Procurador-Geral da data do julgamento em plenário, o que deverá ser feito com a antecedência mínima de cinco dias. Este dispositivo poderia até ser dispensado, em face do que já consta do parágrafo 3.º do artigo 33 – preceito este que embora conste do grupo de artigos que tratam da fase probatória, deve-se entender, por raciocínio lógico, aplicável ao processo como um todo -, no entanto, parece ter tido o legislador preocupação em enfatizar a importância do ato e o prazo em que deveria ser efetivado.

De tudo quanto se expôs, portanto, cumpre que se conclua que não será por falta de previsão de comunicação dos atos processuais que o princípio da ampla defesa não estará presente no procedimento administrativo que aqui se discute. Se alguma crítica pode ser feita, teria ela de ser extensiva ao processo judicial, dada a similaridade com que a matéria aparece abordada nas duas esferas. Mas não parece ser aqui o caso.

De se ressaltar, por fim, que a existência de meios de comunicação não quer dizer que sejam eficazes os atos objeto de comunicação. Esta é questão, no entanto, para os próximos itens, como se verá.

4.3. Instauração do Contraditório

Só há possibilidade de instauração do contraditório, como anteriormente já se viu, se for dada ao cidadão a oportunidade:

a. de audiência de todos os atos processuais;

(b) de manifestação quanto aos atos processuais praticados e aos elementos de

prova/argumentos trazidos pela parte contrária;

(c) e do oferecimento de defesa previamente à decisão.

Na fase de averiguações preliminares não há, exatamente, processo. O que há, como já se disse, é uma atividade administrativa de caráter informativo, intimamente relacionada com as atividades cotidianas da SDE – monitoração e acompanhamento das práticas de mercado – e voltadas precipuamente à coleta de indícios mínimos que justifiquem a abertura do processo administrativo propriamente dito.

Nestes termos, às averiguações preliminares não se aplicam os princípios processuais que informam os procedimentos administrativos, entre tais o do contraditório. Neste sentido, assim manifesta-se João Bosco Leopoldino da Fonseca(9):

A fase de averiguações preliminares dispensa procedimento formal, não exige defesa do averiguado nem publicidade, e deve fazer-se sempre que os indícios não forem suficientemente fortes para se instaurar de imediato o processo administrativo. A fase de averiguações preliminares tem por finalidade apurar a existência de indícios. O indício não tem ainda a característica indicadora da prova. É ele somente uma "circunstância conhecida e provada que, relacionando-se com determinado fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra circunstância". A apuração de indícios é mais simples e mais rápida, podendo levar à verificação da existência de fatos que mereçam melhor investigação através do processo probatório.

De tal sorte, nada há de irregular na sumariedade com que a Lei n.º 8.884/94 trata, em um único artigo, o de número 30, a

fase de averiguações preliminares. A atividade administrativa não se confunde com a instrução probatória que efetivamente só se dará nas etapas seguintes do processo.

Na fase seguinte, sim, é que importa já a aferição da presença do contraditório. Muito embora não se constitua em um juízo de mérito, condenatório, mas tão-somente de suspeita, de admissibilidade da imputação, cabe à fase de instrução do procedimento um importante papel na obtenção do suporte probatório que dará sustentação ao julgamento da questão pelo CADE; é que apesar de ao Conselheiro-Relator, no âmbito do julgamento, ser dada ampla liberdade para a produção de novas provas ou dissipação de dúvidas, verdade é que sobre a atividade instrutória conduzida pela SDE é que se produzirá, em grande parte, a decisão ao final prolatada.

De se dizer, de início, que a audiência de todos os atos processuais que compõem esta fase, está expressamente prevista pelo artigo 33 da Lei n.º 8.884/94. Neste dispositivo está prevista a notificação inicial do representado para a apresentação de defesa (caput e parágrafo 1.º) – medida similar à citação do direito processual -, bem como a sua intimação "dos demais atos processuais" (parágrafo 3.º); de se notar que a lei não traz restrições, devendo todos os demais atos serem comunicados.

Além destas disposições, comanda o parágrafo 4.º: "o representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo na SDE e no CADE".

Como se percebe, não há limites, na lei, à participação do representado no processo. Além de ser cientificado de todos os atos e poder acompanhar, pessoalmente ou por meio de advogado, o curso processual – tendo, ainda, acesso irrestrito aos autos -, não há restrições à apresentação de novos elementos de prova/argumentos, o que poderá ser feito, ex vi do artigo 37, até o final da instrução probatória.

O fato de não estar definida a forma específica pela qual o representado poderá manifestar-se quanto aos atos que forem sendo praticados, ou aos elementos que

forem sendo acrescentados ao processo, não representa a inocuidade do permissivo legal, que deve ser entendido antes como dispensa de formalidades; assim, querendo o representado interpor-se contra algum fato ou elemento, poderá fazê-lo imediatamente, mediante simples petição.

Não há na lei, também, qualquer restrição ao conteúdo das arguições que poderão ser interpostas pelo representado, concluindo-se que, afora as limitações constitucionais quanto a determinadas provas, tudo pode ser alegado.

Assim, tendo o representado amplo acesso ao curso processual, podendo, a qualquer tempo antes do encerramento da instrução, apresentar os argumentos que considerar mais adequados à sua defesa, há de se concluir que estão presentes, ao menos em tese, garantias para a efetivação do contraditório.

A limitação à produção de provas após a instrução justifica-se em face de que as pendengas precisam ter um termo final, não sendo aceitável que, em face da garantia posta, seja a faculdade utilizada, pelos litigantes de má-fé, como meio protelatório.

Do mesmo modo, não se pode considerar a previsão da revelia, no artigo 34, como afronta ao princípio que aqui se discute. Com efeito, a figura está desde há muito incorporada ao processo civil e penal, justificada ela pelo fato de que tão importante quanto a preservação do direito do particular de não ser injustamente acusado e de poder defender-se producentemente, é o interesse público de não ver a resolução de certas demandas, especialmente aquelas de maior alcance político, social ou econômico, postergadas no tempo pela omissão do acusado em manifestar-se no processo.

In casu, a defesa do mercado, pelo âmbito das repercussões que lhes são afetas, justificam a medida. No entanto, como de resto ocorre no processo judicial, ao revelar reserva-se o direito de voltar ao processo, no estado em que este estiver.

Por fim, com as alegações finais (artigo 39), nova oportunidade tem o representado de sumarizar tudo quanto do curso da instrução probatória constou.

Em suma, não há, no procedimento legalmente previsto para a fase de instrução do procedimento, óbices à instauração do contraditório, estando assegurado ao representado o direito de conhecer dos fatos e de manifestar-se quanto a eles antes da decisão do Secretário da SDE de arquivar o processo ou encaminhá-lo para julgamento pelo CADE.

Resta analisar, por fim, a fase de julgamento pelo CADE. Tem-se aqui, à evidência do que se exporá, um quadro um pouco diferente.

De se dizer, primeiro, que ao contrário do que ocorria na fase probatória, em que uma ampla liberdade de manifestação era facultada ao representado, tal não se repete na fase de julgamento. Agora, ainda há a possibilidade de juntada de novas provas, da busca de novos elementos, da instauração de debates, mas tudo dependerá de um juízo do Conselheiro-Relator, a quem o processo foi distribuído, quanto à necessidade de que tais atos precisem ser praticados.

Satisfazendo-se o Conselheiro –Relator com o que foi coletado na fase anterior, poderá ele produzir seu Relatório e incluir o processo em pauta de julgamento, sem que tenha sido dada qualquer oportunidade ao representado de manifestar-se antes da produção deste Relatório.

É de se ressaltar, neste ponto, que não obstante tenha se destinado a fase anterior à instrução probatória do processo como um todo, foi ela dirigida por autoridade que não é a que efetivamente julgará o feito, e que poderá ter conduzido o curso processual no sentido, apenas, de subsidiar uma decisão como a que naquela fase se tem, que é muito próxima de um mero juízo de admissibilidade.

É também por tais razões que no âmbito do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, no processo penal, como já se fez referência ao início deste trabalho, há a previsão de que depois do sumário de culpa, como juízo de mera suspeita que é, haja quase que uma repetição da instrução probatória, agora diante de quem efetivará o julgamento do crime. É a compreensão de que as duas fases tem objetivos precípuos, que não devem prevalecer sobre o interesse do acusado de manifestar-se diante de tantos quantos estejam envolvidos na apreciação do que lhe é imputado.

De se dizer, ainda, que no âmbito administrativo mais razão existiria para a manutenção, na fase de julgamento, da liberdade de participação concedida ao representado na fase anterior. É que ao contrário do processo penal, onde o sumário de culpa já é conduzido, em regra, pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri – e que, assim, atuará posteriormente também no julgamento -, no processo administrativo a instrução probatória é dirigida por autoridade administrativa, não especializada ou necessariamente não afeita a questões processuais, e que só participará da fase de julgamento a fim de dirimir eventuais dúvidas, mediante demanda do Conselheiro-Relator ou do Presidente do CADE.

É claro que poder-se-ia argumentar que tal medida representaria um encorpamento do rito e a atribuição de formalidades excessivas para um procedimento que é, afinal, apenas de âmbito administrativo.

Tal crítica, no entanto, deixa de fazer sentido quando se percebe que penalidades extremamente gravosas para a atividade empresarial podem ser definidas a partir deste procedimento administrativo que, afinal, é conduzido por um ente que tem, ex vi do artigo 3.º da Lei n.º 8.884/94, o status de órgão julgante – o que poderá significar, de acordo com o entendimento que se produzirá pela doutrina e jurisprudência, sua irrecorribilidade diante do Poder Judiciário -, e que tem suas decisões como irreformáveis no âmbito do Poder Executivo (artigo 50, também da Lei n.º 8.884/94).

De se lembrar tudo aquilo que se falou no item 1 deste trabalho quanto às razões que levam à processualização da atividade administrativa.

Cabe enfatizar, por fim, que na fase de julgamento, só há direito garantido de o representado manifestar-se diante dos julgadores, na oportunidade da sustentação oral de quinze minutos prevista no artigo 45 da Lei n.º 8.884/94 e no artigo 16 da Resolução n.º 12/98. Afora este caso, só voltará a manifestar-se por expressa requisição do Conselheiro-Relator, do Presidente ou de algum membro do plenário.

À evidência, considerando-se a drasticidade da pena que poderá resultar deste julgamento e o fato de a instrução ter sido conduzida por

quem não julgará o processo, bastante comprometido resta, nesta fase, o princípio do contraditório. A menos que a atuação do Conselheiro-Relator e do Presidente conduzam o processo em sentido contrário, propiciando ao representado as oportunidades que a lei, pelo menos expressamente não lhe dá, poderá ele ter uma decisão contra si prolatada a partir de um procedimento em que não pôde manifestar-se de forma ampla e producente.

Portanto, cumpre que reconheça que o caráter dialético do processo, defendido por Nelson Nery Costa, como visto no item 2 deste trabalho, resta bastante comprometido justamente na fase em que se efetiva o julgamento do feito. E, como visto, apenas uma percuciente e diligente atuação dos julgadores poderá suprir a omissão legal.

4.4. Ilimitação na Apresentação de Provas

Como já se abordou brevemente no item anterior, não há na lei restrições quanto às provas que poderão ser juntadas aos autos, entendendo-se, assim, que só não serão admissíveis aquelas que a Constituição Federal assim expressamente as declara, como tais as provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI do artigo 5.º) – mesmo neste caso, no entanto, há que se considerar a posição de tantos quantos defendem que tal restrição constitucional deve ser relativizada diante outros valores jurídicos e morais também preservados pela Carta Magna.

À margem desta discussão, porém, cumpre reconhecer que a Lei n.º 8.884/94 e a Resolução n.º 12/98 não impõem qualquer limite material à produção de provas. O que há, e isto já foi ressaltado no item anterior, é uma restrição, bastante evidenciada na fase de julgamento do processo no âmbito do CADE, quanto à oportunidade, ao momento de apresentação destas provas.

Nos momentos, no entanto, em que a produção de provas é permitida, não há, repita-se, limites ao que se possa argüir, estando assegurada, inclusive, a possibilidade da autodefesa e da defesa técnica, como previsto no parágrafo 4.º do artigo 33 e no artigo 45 da Lei n.º 8.884/94.

De tal sorte, verifica-se que a ilimitação das provas quanto à sua oportunidade de

produção não mereceu a mesma amplitude dada quanto ao seu conteúdo material, fazendo com que fique bastante enfatizada a necessidade de uma atuação dos julgadores que supra a omissão legal. Apenas neste caso haverá a ampla atenção a mais este requisito do princípio da ampla defesa.

4.5. Julgamento por Julgador Imparcial e Motivação da Decisão

Com o referendo da Lei n.º 8.884/94 à idéia de atribuir ao CADE a competência específica para o julgamento dos processos administrativos de apuração das infrações contra a ordem econômica, deixando para a SDE as fases de averiguações preliminares e de instrução, criaram-se as condições para a existência de um órgão julgador especializado e imparcial.

Especializado e imparcial porque, ao atuar apenas na fase de julgamento, acaba o órgão desenvolvendo uma cultura específica para a atividade e criando um sentido de isenção que só pode ser alcançado com a seu efetivo afastamento das atividades relacionadas com as fases de averiguação e instrução; afinal, dificilmente ter-se-ia imparcialidade se o mesmo órgão acumulasse as funções de apuração da infração e de seu julgamento.

A medida adotada no âmbito do procedimento que aqui se discute se insere, também, no movimento de processualização da atividade administrativa a que se fez referência no item inicial deste trabalho. Com efeito, providência similar foi adotada no processo administrativo fiscal. Até 1993, o mesmo órgão fazendário que autuava o contribuinte, julgava em primeira instância o Auto de Infração lavrado. Com o fim, no entanto, de adequar o rito às disposições da nova Constituição Federal, criou o legislador órgãos especificamente destinados a estes julgamentos – as Delegacias da Receita Federal de Julgamento -, completamente desvinculados das delegacias responsáveis pela fiscalização e arrecadação de tributos.

Obviamente que tais órgãos administrativos continuam a ser parte da Administração Pública, mas a especialização da função traz inequívocos ganhos, que vêm sendo reconhecidos pela sociedade.

De tal sorte, considerando-se que o CADE: (a)

não está subordinado a quem apura as pretensas infrações contra a ordem econômica, (b) tem sua atividade dirigida especificamente ao julgamento, (c) está subordinado ao Ministério da Justiça apenas administrativamente, e (d) tem seus membros escolhidos especificamente para a função, em processo de nomeação que leva em conta seu "notável saber jurídico ou econômico" (artigo 4.º da Lei n.º 8.884/94), cumpre que se reconheça, não obstante sua inserção dentro da estrutura da Administração Pública, que estão presentes condições que viabilizam uma atuação imparcial.

Tal atuação imparcial resta enfatizada pela obrigatoriedade, posta pela lei, de motivação das decisões. É tal o conteúdo do artigo 46 da Lei n.º 8.884/94:

Art. 46. A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração .

Parágrafo único - A decisão do CADE será publicada dentro de 5 (cinco) dias, no Diário Oficial da União.

À evidência, se houver atuação imparcial, não poderá ela, pelo menos, dar-se sem que restem exteriorizados os abusos cometidos.

4.6. Recorribilidade das Decisões

Reside neste aspecto, talvez, o defeito maior

da Lei n.º 8.884/94. Ao definir o CADE, em seu artigo 3.º, como órgão julgante, e declarar, no artigo 50, que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, atribuiu o ato legal ao órgão administrativo uma prevalência que não encontra similar no direito processual.

Com efeito, muito embora não se tenha definido com precisão, ainda, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a extensão do significado da expressão "órgão julgante", verdade é que corre-se o risco de retrocesso à idéia da auto-executoriedade dos atos administrativos, ao atribuir-se a um órgão o poder de prolatar uma decisão que reste irreformável tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Executivo. Tal medida afronta vários princípios, dentre os quais destacam-se aqui, por suficiente, apenas dois deles.

Primeiro, há uma clara agressão ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, expresso no inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Segundo, atenta-se frontalmente contra os próprios princípios do contraditório e da ampla defesa – os grandes informadores da disciplina processual –, incluídos no inciso LV do artigo 5.º, também da Constituição Federal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Ora, um dos meios inerentes à ampla defesa é o do duplo grau de jurisdição, segundo o qual qualquer pessoa tem direito de ver uma decisão contra si formulada reapreciada por outro ente; com este recurso, satisfaz-se a natural inconformidade do ser humano com uma única decisão, além do que propicia-se a depuração do processo decisório, em face da falibilidade humana.

Tais afrontas, por si sós, demonstram a impropriedade de uma opção que, apesar de legalmente eleita, acabará, muito provavelmente, sendo destruída pela manifestação pretoriana e por uma presumível revisão legislativa futura, que acabe por reposicionar o procedimento, em relação a este aspecto, no curso das mudanças que atingem o conjunto dos procedimentos administrativos.

Em assim não sendo, poder-se-á ter um retrocesso de graves consequências, posto que a partir do momento em que as nomeações para o CADE deixarem de ser eminentemente técnicas para serem predominantemente políticas – o que não se descarta diante da regra definida pela lei -, decisões de grande alcance, impacto e relevância para as relações comerciais poderão estar sendo tomadas com base em critérios de duvidosa legitimidade e de presumível parcialidade, e, o que é mais grave, sem que o destinatário destas decisões possa opor-lhes suas razões pela via de um recurso, seja ele de caráter administrativo ou judicial.

V - CONCLUSÃO

Em face da análise efetivada, percebe-se, em resumo, que o procedimento de apuração das infrações contra a ordem econômica, na forma como regrado pela Lei n.º 8.884/94 e pela Resolução n.º 12/98, atende integralmente a alguns dos requisitos postos pela doutrina para a efetividade do princípio da ampla defesa, deixando alguns outros, no entanto, parcial ou totalmente esquecidos.

Os que estão devidamente considerados são o da existência de um rito previsto em lei, o da previsão de comunicação dos atos processuais e o do julgamento por julgador imparcial e motivação da decisão.

Com efeito, o rito processual está minudentemente previsto nas normas legais, não restando dubiedades que justifiquem arguições relativas à falta de clareza, à falta de previsibilidade procedimental.

Da mesma forma, prevêem as normas referidas, a exemplo do que ocorre com o processo judicial, as formas de comunicação dos atos processuais, aí incluídas a notificação/citação do representado e a sua intimação de todos os atos componentes do procedimento. Não há restrições: comanda a lei a cientificação de todos os atos, o que está previsto para ser feito por meios que, de forma geral, são os já adotados no processo civil e penal.

Quanto ao requisito do julgador imparcial e da decisão motivada, adota a lei, também satisfatoriamente, a figura do julgador

especializado, que além de não se confundir com aqueles que tem a função de monitorar as relações de mercado e de apurar eventuais infrações contra a ordem econômica, é também selecionado especificamente para a função, a partir de seu reconhecido saber jurídico. No mesmo sentido do estabelecimento de garantias à imparcialidade, estabelece a lei a obrigatoriedade de que todas as decisões sejam motivadas, definindo os requisitos que devem ter para serem consideradas válidas.

Não obstante tais evidentes méritos do procedimento estabelecido, cumpre que se faça referência, no entanto, a alguns outros requisitos que não estão integralmente acolhidos pela lei. São tais o da instauração do contraditório e o da ilimitação na apresentação das provas.

Em relação ao contraditório, apesar de estar ele satisfatoriamente contemplado na fase de instrução, assim não o é na fase de julgamento; enquanto naquela etapa a participação do representado independe do condutor do processo, estando expressada detalhada em lei, nesta a possibilidade de interferência está drasticamente reduzida, dependendo mais da linha de conduta adotada pelo Conselheiro-Relator e pelo Presidente do CADE.

Cria-se, com isso, a possibilidade de que, justamente na fase decisória, não haja intervenção significativa do representado, limitando-se o julgamento à apreciação de provas coletadas por outra autoridade administrativa, esta não imbuída da imparcialidade concedida aos conselheiros do CADE – dado que acumula também as funções de monitoramento do mercado –, e que não tem, necessariamente, o conhecimento técnico exigido para a qualificação do material probatório.

Compromete-se, com isso, o caráter dialético da relação jurídica estabelecida, posto que o direito de contraditar o feito, justamente na fase de julgamento, depende mais da avaliação subjetiva do Conselheiro-Relator e do Presidente do CADE que da força da lei. Considerando-se a drasticidade das penalidades que podem resultar da decisão, parece ter havido um excessivo enxugamento do procedimento, em claro detrimento a uma das mais importantes características do princípio da ampla defesa.

Já quanto à ilimitação na apresentação de provas, as deficiências relacionam-se com o que acima já se disse em relação ao contraditório. Como a participação do representado é bastante limitada na fase de julgamento pelo CADE, sua possibilidade de apresentar provas outras que não aquelas encaminhadas na fase anterior à SDE, resta também bastante reduzida. Novamente aqui, a apresentação de novos elementos, mesmo que referentes a superveniências posteriores à fase de instrução, dependerá mais da aquiescência do Conselheiro-Relator e do Presidente do CADE, que de previsão legal expressa.

Assim, muito embora não existam limites na lei, quanto ao conteúdo material das provas – o que torna inadmissíveis apenas aquelas expressamente desqualificadas pela Constituição Federal –, existem eles no que se refere à oportunidade de sua apresentação, que são bem mais drásticos na fase de julgamento.

Para finalizar, a referência ao requisito da recorribilidade das decisões. Como já se disse no item 4.6 deste trabalho, talvez seja em relação a este requisito específico a maior deficiência da Lei n.º 8.884/94. Com a definição legal de que o CADE é um órgão judicante e que suas decisões são irreformáveis no âmbito do Poder Executivo, criou o legislador afrontas de variada ordem à Constituição Federal, além de ter promovido um retrocesso no movimento de processualização dos procedimentos administrativos.

Dependendo do que se entenda por "órgão judicante", pode-se ter formalizado a previsão de atos administrativos que não poderão ser submetidos à apreciação do Judiciário, o que colide com o dispositivo constitucional que prevê a inafastabilidade da manifestação deste Poder, diante de lesão ou ameaça a direito.

Por outra, a inexistência de uma instância recursal administrativa, além de representar uma desconsideração à natural inconformidade do ser humano com decisões únicas, impede a depuração do processo decisório, necessário em face da falibilidade humana.

De se dizer, ainda, que a opção do legislador atribui a uma instância única, a aplicação de

penalidades que podem ser extremamente gravosas, além do que abre caminho para que, diante de um eventual desvirtuamento do processo de nomeação dos membros do CADE – que substitua o critério técnico pelo político, por exemplo -, se tenha decisões de grande impacto para as relações comerciais sendo tomadas com base em critérios de duvidosa legitimidade e imparcialidade, o que se torna mais grave com o fato de que o processado, diante delas, não poderá valer-se, tanto na esfera administrativa quanto judicial, de uma via recursal que lhe permita argüir a arbitrariedade sofrida.

É, como já se disse, um retrocesso na tendência à processualização dos procedimentos administrativos; retrocesso este que, espera-se, seja devidamente neutralizado ou pela via jurisprudencial ou por meio de uma revisão legislativa.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil – Vol. 2. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 267-268.

COSTA, Nelson Nery. Processo Administrativo e Suas Espécies. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 25. Ed. Dialética, São Paulo, 1998.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

XAVIER, Alberto. Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997.

NOTAS

- (1) Medauar, p. 32. [[Volta](#)]
- (2) Costa, p. 18. [[Volta](#)]
- (3) Medauar, p. 121. [[Volta](#)]
- (4) Xavier, p. 161-162. [[Volta](#)]
- (5) Bastos, p. 267-268. [[Volta](#)]
- (6) Costa, p. 15-16. [[Volta](#)]
- (7) Medauar, p. 112. [[Volta](#)]
- (8) Medauar, p. 115 a 120. [[Volta](#)]
- (9) Fonseca, p. 116-117. [[Volta](#)]